Deutscher Bundestag **Drucksache 18/10470**
18. Wahlperiode 29.11.2016

Beschlussempfehlung und Bericht

des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung
– Drucksachen 18/9983, 18/10263, 18/10444 Nr. 1.4 –

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung

A. Problem

Mit dem Entwurf sollen die gesetzlichen Grundlagen für die Abwicklung von Finanzmarktkontrakten in der Insolvenz einer Vertragspartei klargestellt und präzisiert werden. Anlass gibt das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 (Az.: IX ZR 314/14), nach dem Vereinbarungen zur Abwicklung von Finanzmarktkontrakten unwirksam sind, soweit sie für den Fall der Insolvenz einer Vertragspartei Rechtsfolgen vorsehen, die von § 104 der Insolvenzordnung (InsO) abweichen. Von dem Urteil sind nach Auffassung der Regierung nahezu alle derzeit bestehenden Finanzmarktkontrakte betroffen, auf die im Insolvenzfall deutsches Insolvenzrecht anwendbar wäre. Die Rahmenvertragsmuster sind unter anderem auf die bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen zugeschnitten, denen Vereinbarungen zur Abwicklung von Finanzkontrakten genügen müssen, um in den Genuss geringerer Eigenkapitalanforderungen und geringerer Anrechnungsbeträge auf Großkreditgrenzen zu kommen. Das Urteil hat somit die Frage aufgeworfen, ob die von ihm betroffenen Rahmenverträge diesen bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen genügen. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat noch am Tag der Urteilsverkündung eine Allgemeinverfügung nach § 4a des Wertpapierhandelsgesetzes erlassen, aufgrund derer die Parteien von Rahmenverträgen diese ungeachtet des Urteils abzuwickeln haben. Da die Allgemeinverfügung bis zum 31. Dezember 2016 befristet ist, legt die Bundesregierung diesen Gesetzentwurf vor, der die Zulässigkeit des vertraglichen Liquidationsnettings dauerhaft regelt.

B. Lösung

Annahme des Gesetzentwurfs mit den in der Beschlussempfehlung aufgeführten Änderungen. Die Änderungen beziehen sich auf die Verlängerung des Erfordernisses einer Mindestbeschwer als Voraussetzung für die Eröffnung einer Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof nach § 544 der Zivilprozessordnung um weitere 18 Monate.

Annahme des Gesetzentwurfs in geänderter Fassung mit den Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD gegen die Stimmen der Fraktionen DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

C. Alternativen

Ablehnung des Gesetzentwurfs oder unveränderte Annahme.

D. Weitere Kosten

Wurden im Ausschuss nicht erörtert.

Beschlussempfehlung

Der Bundestag wolle beschließen,

den Gesetzentwurf auf Drucksachen 18/9983, 18/10263 in der aus der nachstehenden Zusammenstellung ersichtlichen Fassung anzunehmen.

Berlin, den 29. November 2016

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Renate Künast
Vorsitzende

Dr. Heribert Hirte
Berichterstatter

Dr. Karl-Heinz Brunner
Berichterstatter

Richard Pitterle
Berichterstatter

Katja Keul
Berichterstatterin

Zusammenstellung

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung
– Drucksachen 18/9983, 18/10263 –
mit den Beschlüssen des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)

Entwurf	Beschlüsse des 6. Ausschusses
Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung	**Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung und zur Änderung des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung**
Vom …	**Vom …**
Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:	Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:
Artikel 1	**Artikel 1**
Änderung der Insolvenzordnung	**u n v e r ä n d e r t**
§ 104 der Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 16 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2010) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:	
1. Die Überschrift wird wie folgt gefasst:	
„§ 104	
Fixgeschäfte, Finanzleistungen, vertragliches Liquidationsnetting“.	
2. Absatz 3 wird wie folgt geändert:	
a) In Satz 1 werden die Wörter „zu einem von den Parteien vereinbarten Zeitpunkt, spätestens jedoch am fünften“ durch die Wörter „am zweiten“ ersetzt.	
b) Die Sätze 2 und 3 werden aufgehoben.	
3. Die folgenden Absätze 4 und 5 werden angefügt:	
„(4) Die Vertragsparteien können abweichende Bestimmungen treffen, sofern diese mit den wesentlichen Grundgedanken der jeweiligen gesetzlichen Regelung vereinbar sind, von der abgewichen wird. Sie können insbesondere vereinbaren,	

Entwurf	Beschlüsse des 6. Ausschusses
1. dass die Wirkungen nach Absatz 1 oder Absatz 2 auch vor der Verfahrenseröffnung eintreten, insbesondere bei Stellung des Antrags einer Vertragspartei auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das eigene Vermögen oder bei Vorliegen eines Eröffnungsgrundes (vertragliche Beendigung),	
2. dass einer vertraglichen Beendigung auch solche Geschäfte nach Absatz 1 oder Absatz 2 unterliegen, bei denen die Ansprüche auf die Lieferung der Ware oder die Erbringung der Finanzleistung vor der Verfahrenseröffnung, aber nach dem für die vertragliche Beendigung vorgesehenen Zeitpunkt fällig werden,	
3. dass die Forderung wegen Nichterfüllung	
a) sich nach dem Markt- oder Börsenpreis für ein Ersatzgeschäft bestimmt, das unverzüglich, spätestens jedoch am fünften Werktag nach der vertraglichen Beendigung abgeschlossen wird,	
b) sich nach dem Markt- oder Börsenpreis für ein Ersatzgeschäft bestimmt, das zu einem vereinbarten Zeitpunkt, spätestens jedoch am fünften Werktag nach der vertraglichen Beendigung hätte abgeschlossen werden können,	
c) falls das Marktgeschehen den Abschluss eines Ersatzgeschäfts nach den Buchstaben a und b nicht zulässt, nach Methoden und Verfahren zu bestimmen ist, die Gewähr für eine angemessene Bewertung des beendeten Geschäfts bieten.	
(5) Der andere Teil kann die Forderung wegen Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.“	

Entwurf	**Beschlüsse des 6. Ausschusses**
Artikel 2	**Artikel 2**
Weitere Änderung der Insolvenzordnung	**u n v e r ä n d e r t**
§ 104 der Insolvenzordnung, die zuletzt durch Artikel 1 dieses Gesetzes geändert worden ist, wird wie folgt geändert:	
1. Die Absätze 1 bis 3 werden wie folgt gefasst:	
„(1) War die Lieferung von Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist vereinbart und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein, so kann nicht Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Dies gilt auch für Geschäfte über Finanzleistungen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben und für die eine bestimmte Zeit oder eine bestimmte Frist vereinbart war, die nach der Eröffnung des Verfahrens eintritt oder abläuft. Als Finanzleistungen gelten insbesondere	
1. die Lieferung von Edelmetallen,	
2. die Lieferung von Finanzinstrumenten oder vergleichbaren Rechten, soweit nicht der Erwerb einer Beteiligung an einem Unternehmen zur Herstellung einer dauernden Verbindung beabsichtigt ist,	
3. Geldleistungen,	
a) die in ausländischer Währung oder in einer Rechnungseinheit zu erbringen sind oder	
b) deren Höhe unmittelbar oder mittelbar durch den Kurs einer ausländischen Währung oder einer Rechnungseinheit, durch den Zinssatz von Forderungen oder durch den Preis anderer Güter oder Leistungen bestimmt wird,	
4. von Nummer 2 nicht ausgeschlossene Lieferungen und Geldleistungen aus derivativen Finanzinstrumenten,	

Entwurf	Beschlüsse des 6. Ausschusses
5. Optionen und andere Rechte auf Lieferungen nach Satz 1 oder auf Lieferungen, Geldleistungen, Optionen und Rechte im Sinne der Nummern 1 bis 5,	
6. Finanzsicherheiten im Sinne des § 1 Absatz 17 des Kreditwesengesetzes.	
Finanzinstrumente im Sinne von Satz 3 Nummer 2 und 4 sind die in Anhang I Abschnitt C der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349; L 74 vom 18.3.2015, S. 38; L 188 vom 13.7.2016, S. 28), die zuletzt durch die Richtlinie (EU) 2016/1034 (ABl. L 175 vom 30.6.2016, S. 8) geändert worden ist, genannten Instrumente.	
(2) Die Forderung wegen Nichterfüllung bestimmt sich nach dem Markt- oder Börsenwert des Geschäfts. Als Markt- oder Börsenwert gilt	
1. der Markt- oder Börsenpreis für ein Ersatzgeschäft, das unverzüglich, spätestens jedoch am fünften Werktag nach der Eröffnung des Verfahrens abgeschlossen wird, oder	
2. falls kein Ersatzgeschäft nach Nummer 1 abgeschlossen wird, der Markt- oder Börsenpreis für ein Ersatzgeschäft, das am zweiten Werktag nach der Verfahrenseröffnung hätte abgeschlossen werden können.	
Sofern das Marktgeschehen den Abschluss eines Ersatzgeschäfts nach Satz 2 Nummer 1 oder 2 nicht zulässt, ist der Markt- und Börsenwert nach Methoden und Verfahren zu bestimmen, die Gewähr für eine angemessene Bewertung des Geschäfts bieten.	

Entwurf	**Beschlüsse des 6. Ausschusses**
(3) Werden Geschäfte nach Absatz 1 durch einen Rahmenvertrag oder das Regelwerk einer zentralen Gegenpartei im Sinne von § 1 Absatz 31 des Kreditwesengesetzes zu einem einheitlichen Vertrag zusammengefasst, der vorsieht, dass die einbezogenen Geschäfte bei Vorliegen bestimmter Gründe nur einheitlich beendet werden können, gilt die Gesamtheit der einbezogenen Geschäfte als ein Geschäft im Sinne des Absatzes 1. Dies gilt auch dann, wenn zugleich andere Geschäfte einbezogen werden; für letztere gelten die allgemeinen Bestimmungen.“	
2. Absatz 4 Satz 2 wird wie folgt geändert:	
a) In den Nummern 1 und 2 wird jeweils die Angabe „oder Absatz 2“ gestrichen.	
b) Nummer 3 wird wie folgt gefasst:	
„3. dass zwecks Bestimmung des Markt- oder Börsenwerts des Geschäfts	
a) der Zeitpunkt der vertraglichen Beendigung an die Stelle der Verfahrenseröffnung tritt,	
b) die Vornahme des Ersatzgeschäfts nach Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 bis zum Ablauf des 20. Werktags nach der vertraglichen Beendigung erfolgen kann, soweit dies für eine wertschonende Abwicklung erforderlich ist,	
c) anstelle des in Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 genannten Zeitpunkts ein Zeitpunkt oder Zeitraum zwischen der vertraglichen Beendigung und dem Ablauf des fünften darauf folgenden Werktags maßgeblich ist.“	

Entwurf	**Beschlüsse des 6. Ausschusses**
Artikel 3	**Artikel 3**
Änderung weiterer Rechtsvorschriften	**u n v e r ä n d e r t**
(1) Nach Artikel 105 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 4 des Gesetzes vom 17. Juli 2015 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist, wird folgender Artikel 105a eingefügt:	
„Artikel 105a	
Überleitungsvorschrift zum Dritten Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung	
(1) Auf Insolvenzverfahren, die vor dem 10. Juni 2016 beantragt worden sind, ist § 104 der Insolvenzordnung in der bis dahin geltenden Fassung anzuwenden.	
(2) Auf Insolvenzverfahren, die vor dem … [einsetzen: Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes nach Artikel 4 Absatz 1] beantragt worden sind, ist § 104 der Insolvenzordnung in der bis dahin geltenden Fassung anzuwenden.“	
(2) In § 93 Absatz 5 des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes vom 10. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2091), das zuletzt durch Artikel 16 Absatz 9 des Gesetzes vom 30. Juni 2016 (BGBl. I S. 1514) geändert worden ist, werden die Wörter „Absatz 2 der Insolvenzordnung, die in einem Rahmenvertrag zusammengefasst sind, für den vereinbart ist, dass er bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes nur einheitlich beendet werden kann“ durch die Wörter „Absatz 1 der Insolvenzordnung, die in einem Rahmenvertrag nach § 104 Absatz 3 der Insolvenzordnung zusammengefasst sind“ ersetzt.	

Entwurf	Beschlüsse des 6. Ausschusses
	Artikel 4
	Änderung des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung
	In § 26 Nummer 8 Satz 1 des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2222) geändert worden ist, wird die Angabe „31. Dezember 2016“ durch die Angabe „30. Juni 2018“ ersetzt.
Artikel *4*	**Artikel 5**
Inkrafttreten	**Inkrafttreten**
(1) Dieses Gesetz tritt vorbehaltlich *des Absatzes* 2 am Tag nach der Verkündung in Kraft.	(1) Dieses Gesetz tritt vorbehaltlich **der Absätze** 2 **und 3** am Tag nach der Verkündung in Kraft.
(2) Artikel 1 tritt mit Wirkung vom 10. Juni 2016 in Kraft.	(2) Artikel 1 tritt mit Wirkung vom 10. Juni 2016 in Kraft.
	(3) Artikel 4 tritt am 1. Januar 2017 in Kraft.

Bericht der Abgeordneten Dr. Heribert Hirte, Dr. Karl-Heinz Brunner, Richard Pitterle und Katja Keul

I. Überweisung

Der Deutsche Bundestag hat die Vorlage auf **Drucksache 18/9983** in seiner 196. Sitzung am 20. Oktober 2016 beraten und an den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz zur federführenden Beratung und an den Finanzausschuss zur Mitberatung überwiesen.

II. Stellungnahmen der mitberatenden Ausschüsse

Der **Finanzausschuss** hat die Vorlage auf Drucksache 18/9983 in seiner 94. Sitzung am 28. November 2016 beraten und empfiehlt mit den Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD bei Stimmenthaltung der Fraktionen DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Annahme des Gesetzentwurfs.

Der **Parlamentarische Beirat für nachhaltige Entwicklung** hat sich mit der Vorlage auf Bundesrats-Drucksache 548/16 am 29. September 2016 befasst und bestätigt, dass der Entwurf keine Aspekte einer nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie berührt.

III. Beratungsverlauf und Beratungsergebnisse im federführenden Ausschuss

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz hat die Vorlage in seiner 114. Sitzung am 19.°Oktober 2016 anberaten und beschlossen, eine öffentliche Anhörung durchzuführen, die er in seiner 119. Sitzung am 9.°November 2016 durchgeführt hat. An dieser Anhörung haben folgende Sachverständige teilgenommen:

Dr. Lucas Flöther	Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter
Dr. Lambert Köhling, LL.M.	Die Deutsche Kreditwirtschaft, Berlin
Prof. em. Dr. Johannes Köndgen	Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn Fachbereich Rechtswissenschaft Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
Max Liesenhoff	EFET Deutschland – Verband Deutscher Gas- und Stromhändler e. V., Berlin
Dr. Christoph Niering	Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID), Berlin Vorsitzender
Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M.	Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht sowie Römisches Recht
Prof. Dr. Christoph Thole	Universität zu Köln Institut für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht Geschäftsführender Direktor
Elisabeth Roegele	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Bonn

Hinsichtlich des Ergebnisses der Anhörung wird auf das Protokoll der 119. Sitzung am 9. November 2016 mit den anliegenden Stellungnahmen der Sachverständigen verwiesen.

Der **Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz** hat die Vorlage auf Drucksache 18/9983 in seiner 121. Sitzung am 29. November 2016 beraten und empfiehlt mit den Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

gegen die Stimmen der Fraktionen DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Annahme des Gesetzentwurfs in der aus der Beschlussempfehlung ersichtlichen Fassung. Die Änderungen gehen auf einen Änderungsantrag zurück, den die Fraktionen der CDU/CSU und SPD in die Beratung des Ausschusses eingebracht haben und der mit den Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD gegen die Stimmen der Fraktion DIE LINKE. bei Stimmenthaltung der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN angenommen wurde

Die Fraktion **BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN** kritisierte, dass mit dem Gesetzentwurf in aller Schnelle nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 nicht etwa der Kritik des Gerichts entsprochen und die Praxis geändert werde, sondern vielmehr die Rechtslage der Praxis auf den Finanzmärkten angepasst werden solle. Dies sei umso mehr zu kritisieren, als eine Reform der Anfechtung in der Insolvenzordnung, die die Interessen des Mittelstandes schützen würde, ohne nachvollziehbaren Grund verschleppt werde. Mit dem Festhalten an der Möglichkeit des vertraglichen Liquidationsnetting werde ein System aufrechterhalten, das zur Finanzkrise geführt habe. Betreffend die Verlängerung des Erfordernisses einer Mindestbeschwer als Voraussetzung für die Eröffnung einer Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof nach § 544 der Zivilprozessordnung um weitere 18 Monate werde sich die Fraktion enthalten. Erforderlich sei, das Problem grundlegend anzugehen und nicht befristete Regelungen wiederholt zu verlängern. Der von der Fraktion hierzu vorgelegte Gesetzentwurf auf Bundestagsdrucksache 18/7359 sei von den Koalitionsfraktionen abgelehnt worden.

Die Fraktion **DIE LINKE.** ergänzte, dass nicht nur die Interessen des Mittelstands unberücksichtigt blieben, sondern durch das Aufschieben der Reform des Anfechtungsrechts in der Insolvenz auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer benachteiligt würden. Angesichts der zügigen Klärung der Interessen der Großbanken sei die Verzögerung der Reform des Anfechtungsrechts noch unverständlicher. Mit Blick auf die erst durch den Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen eingebrachte Änderung des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung erklärte die Fraktion, dass hierdurch die Verkürzung des Rechtswegs nochmals verlängert werde. Nicht nur lehne die Fraktion ein derartiges Verfahren grundsätzlich ab, sondern hier auch in der Sache. Würde man sich den umgekehrten Fall vorstellen, dass der Rechtsweg zum Bundesgerichtshof nur für Verfahren mit einem Streitwert von bis zu 20.000 Euro eröffnet sein sollte, würden die Koalitionsfraktionen mit Sicherheit vehement widersprechen.

Die Fraktion der **CDU/CSU** stimmte den vorherigen Ausführungen insoweit zu, als sich hinter der Frage der Streitwertgrenze ein tiefer liegendes Problem verberge. Dieses müsse grundlegend angegangen und bearbeitet werden; dazu zähle etwa die Aufstockung des Personals am Bundesgerichtshof. Eine Perpetuierung der Streitwertregel sei unglücklich. Dies alles könne jedoch nicht kurzfristig gelöst werden; vielmehr brauche man aufgrund der ablaufenden Frist jetzt – und das heiße bis zum 31.12.2016 – eine Lösung, welche die Koalition mit dem Änderungsantrag vorlege. Auch beim Thema Insolvenzanfechtung teile man die Einschätzung der Oppositionsfraktionen, dass eine Regelung im Interesse der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf der einen sowie des Mittelstandes auf der anderen Seite notwendig sei. Gebremst werde dieses Gesetzespaket allerdings unter anderem durch die Finanzminister des Bundes und der Länder; hier wäre es hilfreich, die soeben durch die Opposition vorgetragenen Bedenken gegen die weitere Verschiebung an dieser Stelle vorzutragen. Die Kritik an dem nunmehr abzuschließenden Gesetzentwurf zum Liquidationsnetting könne die Fraktion indes nicht nachvollziehen. Im Ergebnis werde mit der Gesetzesänderung nämlich nur der Rechtszustand wiederhergestellt, der bei der Schaffung des § 104 InsO im Jahr 2004 intendiert gewesen sei – von einer Koalition aus SPD und Grünen. Dies lasse sich aus den Begründungen der damaligen Beratungen sehr gut nachvollziehen. Der Bundesgerichtshof habe in seiner Entscheidung den § 104 InsO nunmehr anders ausgelegt. Es sei daher widersprüchlich, wenn sich die Fraktion jetzt gegen eine Wiederherstellung des von ihr im Jahr 2004 favorisierten Ergebnisses wehre. Das Kreditrisiko werde im Übrigen dann richtig abgebildet, wenn wirtschaftlich zusammenhängende Sachverhalte genettet werden, weil sie wirtschaftlich zusammenhingen. Schließlich könne von Geschenken an die Großbanken keine Rede sein. Es werde vielmehr etwas richtig gestellt, und zwar im Interesse der gesamten Kreditwirtschaft und der gesamten Bankenindustrie einschließlich kleiner und mittelgroßer Institute.

Die Fraktion der **SPD** betonte ebenfalls, dass mit dem Gesetzentwurf nur der ursprünglich gedachte Rechtszustand wiederhergestellt werde. Es habe ausführliche Diskussionen in den Koalitionsfraktionen gegeben; ein Mehr sollte in § 104 InsO nicht geregelt werden, und ein Mehr liege auch nicht vor. Es sei absolut richtig, dass sich der Gesetzgeber zügig dieser Frage angenommen habe, da andernfalls große Schwierigkeiten im Finanzierungs- und Rücklagensystem aller deutschen Banken hätten auftreten können; dies werde – auch mit Blick auf mögliche Belastungen der Steuerzahler – durch den Gesetzentwurf vermieden. Der Änderungsantrag sei zum jetzigen Zeit-

punkt sinnvoll und die Verlängerung der Geltungsdauer maßvoll. Gleichwohl teile auch die Fraktion die Einschätzung, dass dieser Komplex insgesamt und grundsätzlich gelöst werden müsse und nicht allein durch Korrekturen an der Wertgrenze. Man wolle keine Kapitalisierung der Rechtsmittel. Der Zugang zum Recht dürfe dem Grunde nach nicht an der materiellen Höhe der Auseinandersetzung scheitern.

Zur Begründung der Beschlussempfehlung

Im Folgenden werden lediglich die vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz empfohlenen Änderungen gegenüber der ursprünglichen Fassung des Gesetzentwurfs erläutert. Soweit der Ausschuss die unveränderte Annahme des Gesetzentwurfs empfiehlt, wird auf die Begründung in Drucksache 18/9983 verwiesen.

1. Allgemeines

Der Ausschuss stellt fest, dass mit dem Gesetzentwurf Klarstellungen und Präzisierungen der gesetzlichen Grundlagen für die Abwicklung von Finanzmarktkontrakten in der Insolvenz vorgenommen werden, die infolge des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 (IX ZR 314/14) nötig geworden sind. Es soll damit insbesondere sichergestellt werden, dass die dem deutschen Insolvenzrecht unterfallenden Verträge den Anforderungen gerecht werden können, an deren Erfüllung die bankaufsichtsrechtliche Anerkennung der Vereinbarungen geknüpft ist. Wesentliches Element des Entwurfs ist die Klarstellung, dass die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen können, sofern und soweit diese mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen vereinbar sind (§ 104 Absatz 4 der Insolvenzordnung in der Entwurfsfassung (InsO-E)). Das bedeutet allerdings nicht, dass die Parteien den Anwendungsbereich des § 104 InsO durch privatautonome Regelung erweitern können. Zu den Grundgedanken des § 104 InsO gehört, dass die in dieser Vorschrift enthaltene Ausnahme vom Verwalterwahlrecht des § 103 InsO nur gerechtfertigt ist bei Geschäften, die auf einem Markt oder einer Börse gehandelt werden und für die deshalb grundsätzlich zu jedem Zeitpunkt über den Markt oder die Börse ein Ersatzgeschäft abgeschlossen werden kann. Der Anwendungsbereich des § 104 InsO, d. h. der Kreis der von dieser Vorschrift erfassten Geschäfte, wird auch künftig ausschließlich im Gesetz, nunmehr: § 104 Absatz 1 InsO-E, festgelegt.

Der Ausschuss sieht trotz der von einigen Sachverständigen geäußerten Kritik an der Einbeziehung von Warengeschäften in die Rahmenvertragsregelung des § 104 Absatz 3 InsO-E keine Notwendigkeit, den Gesetzestext zu ändern. Die von diesen Sachverständigen vertretene Auffassung, dass hierdurch ein Privileg geschaffen werde, das auf Kosten der Masse gehe und geeignet sei, Sanierungschancen zu vereiteln, wird nicht geteilt. Wie bereits im Gesetzentwurf der Bundesregierung erläutert, besteht schon unter geltendem Recht die Möglichkeit, die aus Warenfixgeschäften nach § 104 Absatz 1 InsO resultierenden Nichterfüllungsforderungen mit Gegenforderungen aufzurechnen und zu verrechnen, die bis zur Verfahrenseröffnung entstehen (Drucksache 18/9983, S. 21). Die Rahmenvertragsregelung in § 104 Absatz 3 InsO-E stellt dies lediglich klar. Auch die Auffassung, dass bereits die Beendigung von Warenverträgen nach § 104 Absatz 1 InsO-E ein Privileg darstelle, das zwangsläufig zulasten der Masse gehe und Sanierungschancen vereitele, findet im Gesetz keinen Niederschlag. Dies lässt sich an dem in der Sachverständigenanhörung geschilderten Beispiel des Beziehers von Strom veranschaulichen. Hier wurde geltend gemacht, dass der Bezieher von Strom Gefahr laufe, für die Ersatzbeschaffung des zur Fortführung seines Geschäftsbetriebs benötigten Stroms einen höheren Preis als den vereinbarten Preis zahlen zu müssen und dass er hierdurch einen Verlust erleide, der nicht nur die Befriedigungsaussichten der Insolvenzgläubiger beeinträchtige, sondern auch dazu führen könne, dass eine ansonsten mögliche Sanierung aussichtslos werde. Die Beendigung von Geschäften nach § 104 Absatz 1 InsO hat jedoch eine solche Privilegierung weder zum Ziel noch zur Folge. Die von § 104 InsO erfassten Geschäfte werden vielmehr im Verhältnis zwischen Schuldner und Vertragsgegner zum Markt- oder Börsenpreis und damit zu dem Preis abgerechnet, der auch für das Ersatzgeschäft aufzuwenden ist. Damit kann die Ersatzeindeckung grundsätzlich verlustfrei erfolgen. Es kommt insoweit weder zu einer Schmälerung der Masse noch zu einer Vereitelung von Sanierungsaussichten.

Nach Auffassung des Ausschusses sind Änderungen des § 104 Absatz 1 InsO-E ebenfalls nicht durch die Bitte des Bundesrates zur Prüfung der Frage veranlasst, ob unter die von Absatz 1 erfassten Warengeschäfte auch Verträge über Strom und andere Energien zu fassen sind. Strom und andere Energien sind als Waren anzusehen. Damit werden insbesondere Energiegroßhandelsprodukte erfasst. Dies gilt unabhängig von den für die Erfüllung dieser Geschäfte vorgesehenen Modalitäten. Nach einigen im Energiemarkt gängigen Vertragsbestimmungen erfolgt die Erfüllung der Leistungspflichten durch Buchungen in Netz-Bilanzkreisen. Gleichwohl bilden auch in diesem Fall die bezeichneten Mengen an Strom oder anderen Energien den Gegenstand des Geschäfts. Soweit

angenommen wird, dass es sich insoweit um Rechtskäufe von Strom- oder Energiebezugs-rechten handelt, wird dem durch § 104 Absatz 1 Satz 3 Nummer 5 InsO-E Rechnung getragen, wonach auch Rechte an Lieferungen nach § 104 Absatz 1 Satz 1 InsO-E erfasst sind.

Der Ausschuss hat schließlich davon abgesehen, die durch § 104 Absatz 4 InsO-E eröffneten Spielräume für abweichende vertragliche Bestimmungen im Anschluss an die in der Sachverständigenanhörung geäußerte Kritik einzuschränken. Da die Vorschrift abweichende Bestimmungen nur im Rahmen des Grundgedankens der gesetzlichen Regelungen zulässt, unterliegen die abweichenden Bestimmungen einer Inhaltskontrolle. Dieser Inhaltskontrolle werden nur solche vertraglichen Bestimmungen standhalten, die im Lichte der Zweckbestimmung des § 104 InsO als angemessen anzusehen sind. Insbesondere wird gewährleistet sein, dass keine missbräuchliche Ausdehnung auf Geschäfte erfolgt, die nach dem Normzweck des § 104 InsO nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen. Denn Gestaltungsspielräume für abweichende vertragliche Bestimmungen eröffnet § 104 Absatz 4 InsO-E nur im Hinblick auf die Rechtsfolgen des § 104 InsO. Keineswegs soll durch diese Vorschrift der sachliche Anwendungsbereich über das durch § 104 Absatz 1 InsO-E abgesteckte Maß hinaus ausgedehnt werden können. Das ergibt sich auch aus der Überlegung, dass z. B. die durch die Markt- und Börsengängigkeit der Geschäfte sichergestellte Möglichkeit der Ersatzbeschaffung zu einem Markt- oder Börsenpreis zu dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gehört, die auch im Rahmen des Absatzes 4 nicht disponibel ist. Eine unangemessene Ausweitung der privatautonomen Gestaltungsspielräume ist – auch in Anbetracht der restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – nicht zu befürchten.

2. Zu den einzelnen Änderungen

Zur Bezeichnung

Der geänderte Gesetzestitel trägt der Änderung des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung Rechnung.

Zu Artikel 4 (Änderung des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivil-prozessordnung – EGZPO)

Gemäß § 26 Nummer 8 Satz 1 EGZPO ist die Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof nach § 544 der Zivilprozessordnung – seit dem 1. Januar 2002 unverändert – nur bei einer Beschwer von mehr als 20 000 Euro eröffnet. Die Regelung einer Mindestbeschwer hat sich grundsätzlich bewährt. Ohne die Wertgrenze wäre es bereits vor geraumer Zeit zu einer nicht mehr tragbaren Belastung des Bundesgerichtshofs gekommen. Im Hinblick auf die gestiegenen Eingangszahlen bei den Nichtzulassungsbeschwerden, die insbesondere auf das am 27. Oktober 2011 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des § 522 der Zivilprozessordnung zurückzuführen sind, ist die Entwicklung über einen weiteren Zeitraum von 18 Monaten zu beobachten.

Zu Artikel 5 Absatz 3 (Inkrafttreten von Artikel 4)

Artikel 5 Absatz 3 sieht vor, dass Artikel 4 am 1. Januar 2017 in Kraft tritt. Dies ist geboten, weil die derzeitige Regelung des § 26 Nummer 8 EGZPO bis zum 31. Dezember 2016 befristet ist.

Berlin, den 29. November 2016

Dr. Heribert Hirte
Berichterstatter

Dr. Karl-Heinz Brunner
Berichterstatter

Richard Pitterle
Berichterstatter

Katja Keul
Berichterstatterin